



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.723869/2015-92
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.806 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2020
Recorrente EDER MATIOLA FERNANDES - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/02/2016

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. CAUSA DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO

As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional que comercializarem mercadorias objeto de contrabando ou descaminho serão excluídas de ofício do referido Regime.

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE

Constatada, definitivamente, no âmbito administrativo a comercialização por microempresa ou empresas de pequeno porte optante do Simples Nacional de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, desde logo, deve-se promover a exclusão de ofício do referido Regime, sem necessidade de se aguardar o desfecho da ação penal de apuração de crimes correlatos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/02/2016

MATÉRIAS NÃO PROPOSTAS EM IMPUGNAÇÃO. APRESENTAÇÃO EM RECURSO VOLUNTÁRIO AO CARF. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO.

As matérias não propostas em sede de Impugnação não podem ser deduzidas em recurso ao CARF em razão da perda da faculdade processual de seu exercício, configurando-se a preclusão consumativa, a par de representar, se admitida, indevida supressão de instância.

INCONSTITUCIONALIDADE. LEI. JULGADOR ADMINISTRATIVO. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator, vencido o conselheiro Cleucio Santos Nunes que dava provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em relação ao Acórdão n.º 11-55.217, de 8 de março de 2017, proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Recife/PE, que julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo (fls. 36/42).

O presente processo se originou de Ato Declaratório Executivo (fl. 16), por meio do qual a Recorrente foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a partir de 1º de fevereiro de 2016, por incorrer na situação prevista no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123, de 2006 (“comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho”).

Cientificado do referido ato, a Recorrente apresentou a Impugnação de fls. 19/22, na qual alega que:

- (i) não haveria prova inequívoca da prática do crime de comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, uma vez que o processo judicial destinado a tal apuração (n.º 500662752.2016.4.04.7201) ainda está em tramitação;
- (ii) *“deve o presente procedimento ser provisoriamente suspenso, até que se tenha uma decisão terminativa com o transito em julgado na ação judicial em comento”*;
- (iii) a retroação dos efeitos da exclusão violaria o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e estaria em desacordo com o art. 103, inciso I, do CTN, de modo que devem ser aplicados apenas a partir da ciência por parte do contribuinte.

Na decisão recorrida, os julgadores *a quo* apontaram que o ato administrativo de exclusão foi emitido de acordo com o princípio da legalidade e que foi oportunizada a ampla defesa à Recorrente.

Quanto aos efeitos retroativos da exclusão, esclareceram que “*a atividade do fisco é pautada pelo princípio da estrita legalidade, não havendo nenhuma margem de discricionariedade na análise da situação do contribuinte*”.

Em relação à alegada prejudicialidade da ação penal, valeram-se de manifestação da Divisão de Tributação da 9ª Região Fiscal da Receita Federal do Brasil, para concluir que:

Para a configuração da hipótese prevista no art. 14, VI da Lei nº 9.317, de 1996 (exclusão do Simples devido a "comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho"), é necessário o prévio exaurimento do processo administrativo fiscal, mas sem a necessidade de haver decisão final judicial comprobatória da ocorrência dos referidos ilícitos. Este entendimento também é aplicável à sistemática do Simples Nacional, instituído por meio da Lei Complementar nº 123 de 2006, que também prevê hipótese de exclusão com o mesmo teor (art. 29, VII).

Por fim, no que tange às alegações de violação a princípios constitucionais, reconheceram a impossibilidade do exercício do controle de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo fiscal.

Tendo, portanto, sido configurada a importação clandestina da mercadoria, com a revelia da Recorrente e aplicação da pena de perdimento, não caberia, no presente processo, a análise de questões de mérito relativas a tal fato, com a manutenção da exclusão do Simples Nacional.

A decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2016

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ATO ADMINISTRATIVO REGULARMENTE EMITIDO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE O ato administrativo de exclusão do Simples Nacional que obedece a todos os requisitos essenciais de validade legal, expondo de forma clara e precisa o motivo da exclusão a que se refere, permite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa ao interessado.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, não possuindo competência para afastar normas mediante apreciação de sua validade ou constitucionalidade.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE DESCAMINHO OU CONTRABANDO.

A constatação do exercício de atividade relativa a comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês em que incorridas, impedindo nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

Após a ciência do Acórdão em questão, foi apresentado o Recurso Voluntário apensado à fl. 48, no qual a Recorrente sustenta que, tendo ocorrido a suspensão da ação penal relativa à apuração do crime de contrabando ou descaminho, não estaria evidenciada a comercialização de mercadorias objeto das referidas práticas, afastando-se a aplicação do art. 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123, de 2016.

Aduz que a exclusão do Simples Nacional seria desproporcional à conduta praticada, uma vez que *“a decisão foi fundamentada em decisão administrativa desprovida do contraditório e da ampla defesa”*.

Sustenta a necessidade de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, para a promoção da exclusão do Simples Nacional, sob pena de violação a princípios constitucionais; e faz alegações quanto aos efeitos econômicos da referida exclusão.

Reitera os argumentos contrários aos efeitos retroativos da exclusão.

Traz nova alegação concernente à vedação de nova opção pelo Simples Nacional pelos três anos posteriores à exclusão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância, por via eletrônica, em 14 de março de 2017 (fl. 44), tendo apresentado seu Recurso Voluntário, em 13 de abril daquele ano (fl. 46), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado eletronicamente por procuradora, devidamente constituída, conforme documento juntado à fl. 48.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Arts. 2º, inciso V, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Como relatado, porém, o Recorrente traz, na peça recursal, alegação relativa a matéria não questionada por ocasião da Impugnação, a saber contestação à proibição de reingresso no Simples Nacional pelo prazo de três anos.

Nos termos da legislação de regência do processo administrativo fiscal, a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo dela constar todos os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas das alegações (arts. 14 e 16 do Decreto n.º 70.235, de 1972).

Ou seja, é nesse instante em que se delimita a matéria objeto do contencioso administrativo, não sendo admitido ao contribuinte e à autoridade *ad quem* tratar de matéria não questionada por ocasião da impugnação, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do devido processo legal.

Trata-se, pois da preclusão consumativa, sobre a qual leciona Fredie Didier Jr (Curso de Direito Processual Civil, 18a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. vol. 1, p. 432):

A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue. Perde-se o poder pelo exercício dele.

A questão se relaciona ainda com a extensão do efeito devolutivo dos recursos, sobre a qual o mesmo autor (Curso de Direito Processual Civil, 13a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. Vol. 3, p. 143) se manifesta nos seguintes termos:

A extensão do efeito devolutivo significa delimitar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (art. 1.013, caput, CPC).

Podem ser excepcionadas as matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, a exemplo das matérias de ordem pública. Não é o caso do tema abordado ineditamente pela Recorrente no Recurso Voluntário, de modo que deve ser reconhecida a preclusão quanto a referida matéria.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento, exceto em relação à matéria não tratada na Impugnação.

2 DO MÉRITO

Parte das alegações da Recorrente dizem respeito à suposta necessidade de se aguardar sentença penal condenatória com trânsito em julgado em relação ao crime de contrabando ou descaminho, antes de se realizar a exclusão do Simples Nacional, com base no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123, de 2016.

Como bem apontado na decisão recorrida, contudo, não deve prevalecer a referida tese.

A exclusão do Simples Nacional dos contribuintes que comercializarem mercadorias objeto de contrabando ou descaminho é medida administrativa. Considerando que, neste âmbito, a constatação da referida comercialização se tornou definitiva no processo administrativo n.º 10920.723867/2015-01, no qual foi aplicada a pena de perdimento das

mercadorias, conforme Ato Declaratório de fls. 8/9, desde logo, deve se proceder a exclusão, conforme previsto no dispositivo legal acima referido:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do **caput** deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Aos contrário do alegado, para a formalização da exclusão da Recorrente do Simples Nacional, não é necessário se aguardar a conclusão do processo judicial de apuração da responsabilidade penal das pessoas físicas relacionadas com a Recorrente, nem, ainda, a suspensão da referida ação penal possui reflexos na esfera administrativa.

É irrelevante ao caso, o desfecho do processo judicial destinado à responsabilização penal do responsável pela pessoa jurídica. A hipótese de exclusão do Simples Nacional decorre da constatação da comercialização das mercadorias irregularmente introduzidas no território nacional, fato não contraposto pela Recorrente.

As alegações relacionadas com a desproporcionalidade da medida, com a violação a princípios constitucionais e com suas consequências sob a ótica econômica para a Recorrente não podem ser acatadas para afastar a aplicação da legislação em plena vigência, inclusive quanto aos efeitos retroativos da medida, que decorrem da literalidade da norma, conforme acima transcrita.

Tal conclusão decorre, inclusive, da impossibilidade imposta ao julgador administrativo, conforme art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009).

Falta, ademais, competência ao julgador administrativo para realizar a análise de constitucionalidade da exclusão do Simples Nacional e dos efeitos previstos na legislação, conforme Súmula CARF n.º 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O art. 106 do CTN trata da aplicação a atos ou fatos pretéritos de nova norma. Não é disso que tratam os autos. Mas sim de norma já vigente ao tempo da prática dos atos imputados à Recorrente, que impõe efeitos retroativos à exclusão posteriormente declarada (retroativos ao tempo da prática, frise-se).

Tendo sido, definitivamente, caracterizada a situação prevista no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, correta a exclusão de ofício da Recorrente do Simples Nacional, com os efeitos estabelecidos no §1º do mesmo dispositivo legal.

3 CONCLUSÃO

Isto posto, voto por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário e, quanto à parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo